

# **O FATO CONSUMADO E A DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISPRUDENCIAL**

Marga Inge Barth Tessler

---

## RESUMO

Examina a atuação do Poder Judiciário na tutela do Direito educacional e procura sensibilizar a magistratura para o importante papel que desempenha nas questões que requerem andamento célere, caso do acesso ao ensino universitário gratuito, aprovação em determinada série do curso, transferência compulsória e outros que, pela demora na decisão, ensejam a aplicação da teoria do fato consumado, a exemplo dos inúmeros precedentes jurisprudenciais registrados.

Num contexto em que a educação é cada vez mais valorizada, passando a ser considerada questão estratégica, afirma que não pode o juiz interpretar os novos direitos segundo princípios ortodoxos, como é a tese do fato consumado, cujo prestígio vai de encontro à desejada eficiência e efetividade da prestação jurisdicional.

Além disso, a convalidação de situações de fato pela aplicação ampla e reiterada da teoria compromete a qualidade do ensino e viola os princípios da igualdade de acesso e da legalidade, concluindo exigir a solução parcimônia e prudência por parte do juiz de primeiro grau já que, na maioria dos casos, é a única razoável que resta aos tribunais superiores.

## PALAVRAS-CHAVE

Direito da Educação; tutela educacional; prestação jurisdicional – demora; fato consumado – teoria, convalidação.

---

No exercício da tutela jurisdicional na educação, é fundamental a percepção, pelo juiz, de que o conhecimento é a chave do poder no século XXI<sup>1,2</sup>. As questões que envolvem matéria educacional tendem a aumentar, tornando-se mais complexas<sup>3,4</sup>, impulsionadas pelas tensões sociais e pelo desemprego, e a demanda por educação cresce, passando a ser questão estratégica<sup>5</sup>. É importante que o Poder Judiciário acompanhe a evolução da sociedade e perceba que os novos direitos não podem ser interpretados de acordo com institutos ortodoxos da Ciência Jurídica, segundo Nelson Nery Júnior<sup>6</sup>.

Sublinhe-se que a prestação de serviços educacionais é objeto de intensas discussões em organismos internacionais, como a Organização Mundial de Comércio – OMC, que, apesar de ser organismo relativamente recente, registra episódios preocupantes para os interesses de países mais pobres. A regularização do comércio mundial é evidentemente necessária, contudo, entre outras ações, está em curso a tentativa de inclusão da educação nas negociações comerciais, segundo depoimento de Robert Salmeron<sup>7</sup>, considerada mera prestação de serviços, nos mesmos níveis dos oferecidos pelo comércio em geral.

Salienta o especialista que a educação de interesse dos círculos financeiros é a de nível superior: *Na OMC os Estados Unidos chegaram ao extremo de querer impor a privatização de todas as atividades culturais, com regulamentos que proibiam os governos de todos os países de subvencionar atividades como, por exemplo, cinema, teatro e publicação de livros.* A França conseguiu reverter a situação, propondo cláusula de exceção, pela qual as atividades de natureza cultural não ficam sujeitas às normas da OMC. *Para os investidores financeiros, a educação totalmente privatizada representa um dos maiores mercados mundiais, de centenas de bilhões de dólares.*

Relata ainda Salmeron que, em resposta, o Ministro da Educação da França, Claude Allègre, em entrevista ao jornal “Le Monde”, afirmou: *No que me concerne, sou adepto de maneira indefectível do serviço público de ensino, direi até de um serviço público com especificidades nacionais, mesmo se conseguirmos fazer uma harmonização européia. Por quê?*

*Porque esse é o fundamento da República. A igualdade de chances para todos é essencial. São nossas referências culturais e históricas. O ensino uniformizado conduziria a um mundo uniforme, one teaching, one thinking. Que nossos estudantes vão estudar nos Estados Unidos, na Inglaterra, é absolutamente desejável, mas que os americanos instalem suas universidades no mundo inteiro, todas com um mesmo modelo, um mesmo currículo, seria uma catástrofe. Nós estamos preparando um contra-ataque, inclusive no domínio do ensino à distância<sup>8</sup>.*

Sobre o Brasil, disse Salmeron: *E o Brasil nisso tudo? O Governo brasileiro se oporia às teses norte-americanas? Como os Estados Unidos são tomados no Brasil como modelo, praticamente sem crítica em tudo o que tem de bom e de ruim, como se o resto do mundo não existisse, devemos ter pouca dúvida sobre a adoção aqui das teses americanas, que poderiam ser apresentadas como a solução de nossos problemas.*

A entrevista, embora de 2000, trata de tema ainda extremamente atual e pouco debatido. A educação em todos os níveis constitui estratégia para a criação de oportunidades e melhoria da qualidade de vida de toda a nossa população. O nível educacional do povo é um dos indicadores utilizados pelos organismos internacionais para avaliar a qualidade de vida<sup>9</sup>. Remarca-se, então, a grande importância do tema. A última proposta, divulgada durante a posse dos novos conselheiros do CNE<sup>10</sup>, é trocar parte da dívida de países em desenvolvimento por investimento em educação, aprovada pelos Ministros da Educação do Mercosul.

Além de se reconhecer a importância crescente da matéria, será de grande valia verificarmos o elevado número de questões educacionais ou estudantis debatidas na Justiça<sup>11</sup>, sendo de máxima relevância o evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal, no sentido de atualizar a magistratura, alargando e aprofundando os debates, pois *a responsabilidade do poder público por atos judiciais é posição que adquire cada vez mais rigor, no Direito comparado e no Direito pátrio (...)*<sup>12</sup>.

## 2 O FATO CONSUMADO E A DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A expansão do ensino universitário, sua oferta insuficiente pelo

Estado, o aumento progressivo dos interessados determinaram a implantação do sistema de provas conhecido como vestibular<sup>13</sup>. A disputa de muitos em busca das escassas vagas levou o problema ao Judiciário, que, demorando-se para decidir, fez originar o fenômeno do “fato consumado”.

Em número inicialmente discreto, foram muitos os estudantes que se socorreram do Judiciário Federal com o objetivo de ter acesso ao ensino universitário gratuito, concluir os cursos que freqüentavam, quebrar pré-requisitos, eximir-se de novas matérias acrescentadas pelas universidades durante o curso ou hostilizar preferências concedidas a alguns, a exemplo da denominada “Lei do Boi”.

A questão desafia o Poder Judiciário de longa data<sup>14</sup>, inclusive no Supremo Tribunal Federal, como segue: RMS n. 14.017/GB, Pleno, 22/03/1965, RTJ 33/280, em que se discutiu o direito de matrícula, e a decisão só foi proferida após a conclusão do curso; RMS n. 13.807/GB, STF, 3ª Turma, 03/03/1966, sobre a aprovação ou não em determinada série do curso, com decisão somente após a formatura, RTJ 37/249; RMS n. 16.742/GB, STF/ 3ª Turma, 13/12/1966 – pleiteava-se a aprovação em determinada série e a sentença ocorreu após a formatura, RTJ 41/252; Embargos no RMS n. 15.512/BA, de 13/10/1966 – o Pleno do Tribunal discutiu o direito de aprovação no 5º ano do curso de Direito, mas a decisão foi proferida após a colação de grau com os impetrantes já no exercício da profissão, RTJ 41/593; RMS n. 17.144/GB, 1ª Turma, 10/10/1966, sobre o direito à matrícula, cuja decisão se deu no terceiro ano de vida universitária, RTJ 45/589. No RE n. 73.381, 2ª Turma, 29/05/1972, discutiu-se o direito de ingresso na Faculdade, mas a decisão ocorreu após a conclusão do curso, RDA 114/288. No RE n. 92.757, 1ª Turma, 05/08/1980, pleiteou-se o direito de inscrição no vestibular e a decisão, igualmente, só foi prolatada após a conclusão do curso, RTJ 95/475. No RE n. 95.128/MG, de 14/12/1982, 1ª Turma, discutiu-se o direito à matrícula na 1ª série, e a decisão se deu quando os alunos já cursavam a 4ª série, RTJ n. 104/1284. No RE 108.010, 2ª Turma, em 17/06/1986, questionou-se o direito de transferência, mas a resposta só ocorreu após sua efetivação, RTJ 119/829.

No extinto Tribunal Federal de Recursos, recolhem-se exemplos se-

melhantes: AMS n. 97.670, julgada em 05/11/1985, 3ª Turma, sobre o direito à matrícula, mas quando se prolatou decisão, o estudante estava em vias de concluir o curso, RTFR, 131/285; Recurso *Ex Officio* n. 105.636, 1ª Turma, 19/08/1986, sobre a obrigatoriedade de estágio, o qual já havia sido concluído na data da decisão, Lex JTFR 60/255; Mandado de Segurança n. 110.773, julgado em 24/02/1987 – o direito à matrícula só foi julgado quando a aluna completava dois anos de curso. A Remessa *Ex Officio* n. 110.915, 3ª Turma, também sobre o direito à matrícula, foi julgado quando os impetrantes já haviam concluído o curso, Lex JTFR 76/345.

Prossigo na coleta de precedentes, no Superior Tribunal de Justiça, onde a questão também vem sendo decidida como registram os julgados recolhidos<sup>15</sup> exemplificativamente. Todos os precedentes a seguir prestigiaram o fato consumado: MC n. 6.011, 1ª Turma, 20/05/2003, DJ 18/08/2003, sobre transferência de estudante, em virtude de assumir cargo em comissão, na iminência de concluir o curso; AgREsp n. 49/202, 1ª Turma, DJ 30/06/2003, de aluno especial, reingresso extravestibular, concluídas as disciplinas do curso de Farmácia da UFRGS; MC n. 5.653/RN, DJ 28/04/2003 – cuidou-se de transferência *ex officio*, mesmo não reconhecido o interesse da administração; AgREsp n. 35.4617/RS, DJ 07/04/2003, caso de transferência compulsória de universidade particular para pública; REsp. n. 390.977, 2ª Turma, DJ 24/02/2003, ingresso em curso universitário sem conclusão do 2º grau; REsp. n. 27.9887, 2ª Turma, DJ 10/02/2003, estudante servidor público, remoção a pedido, situação de fato consolidada, fato consumado reconhecido; MC n. 4.546, DJ 16/12/2002, 1ª Turma, remoção a pedido, transferência compulsória, universidade particular para federal, liminar com três anos, fato consumado reconhecido; AgREsp. n. 414837/DF, DJ 18/11/2003, com fundamentação no sentido de se considerar o fato consumado após 4 anos, esposa de militar transferido *ex officio*; AgREsp. n. 437.381, DJ 21/10/2002, transferência compulsória de motorista, por ter sido aprovado em concurso público, liminar concedida há mais de três anos; AgREsp n. 438.243, DJ 21/10/2002, liminar há mais de cinco anos, Medicina Veterinária; AgREsp n. 385.152, DJ 10/06/2002, liminar concedida há mais de três anos; REsp.

A fundamentação dos julgados que prestigiam a teoria do fato consumado, de um modo geral e em síntese, gira em torno da consideração de que a situação é excepcional e o problema, mais do que sob o aspecto da legalidade, deve ser encarado do ponto de vista da finalidade social das leis; as circunstâncias excepcionais aconselhariam a inalterabilidade da situação. A inércia da Administração teria permitido a constituição de situações de fato revestidas de aparência de legalidade; assim, mereceriam prestígio.

n. 398.962, DJ 27/05/2002, transferência compulsória, teoria do fato consumado consagrada; REsp. n. 239.402, DJ 04/02/2002, servidor municipal transferido compulsoriamente de Patos/PB para Caicó/RN, de faculdade particular para pública, liminar concedida há mais de três anos; AgREsp n. 267.854, 1ª Turma, DJ 24/05/2001, conclusão do curso de Direito, situação de fato consolidada; AgMC n. 3.337, 2ª Turma, DJ 27/08/2001, RE sujeito a exame de admissibilidade, MC deferida, condição de estudante só adquirida após a remoção do pai para o Brasil, o tribunal de origem não reconheceu o direito à transferência compulsória, teoria do fato consumado não-reconhecida – votos vencidos; REsp. n. 143.992/RN, DJ 11/12/2000, cargo em comissão, ação ajuizada e liminar concedida em 1/08/1994; REsp. n. 90.795, 2ª Turma, DJ 18/09/2000, RSTJ 138/189 – estudante de Direito do ensino privado removido a pedido de Criciúma/SC para Santa Maria/RS, liminar em primeiro grau reformada em grau de recurso, conclusão do curso antes do exame do apelo especial; MS n. 6.329, 3ª Seção, DJ 26/06/2000, não se aplica a teoria do fato consumado

no caso de concurso público para o cargo de Delegado de Polícia Federal, mesmo concluído o curso de formação ao abrigo de liminar, com voto vencido; REsp. n. 143.467, DJ 22/05/2000, transferência de universidade por nomeação para cargo público, reconhecido o fato consumado por estar no final do curso; REsp. n. 140.726, estudante de universidade particular no Recife assumiu cargo em comissão em Natal, liminar mantida por 4 anos; REsp. n. 13.789, 2ª Turma, DJ 10/05/1999, transferência *ex officio*, situação consolidada, quatro anos; REsp. n. 155.052/RN, DJ 19/04/1999, funcionário municipal transferido compulsoriamente de Caraíba/RN para Natal/RN a fim de continuar o curso de Odontologia, fato consumado reconhecido, pois *o jurisdicionado não pode sofrer com as decisões colocadas à apreciação do Poder Judiciário*; REsp. n. 153.033, DJ 22/03/1999, segurança concedida há dois anos, aluna de João Pessoa assumiu cargo público em Natal, curso de Direito, cargo em comissão, fato consumado reconhecido, voto vencido; REsp. n. 175.313, 1ª Turma, DJ 22/03/1999, funcionário público estadual assumiu cargo em Recife, transferência de Boa Vista/RR para Pernambuco no terceiro ano do curso, liminar concedida há mais de dois anos; REsp. n. 32.923, 2ª Turma, DJ 09/05/1994, fato consumado reconhecido para desobrigar a estudante de cursar matéria via liminar, tempo transcorrido; REsp. n. 34.548, 1ª Turma, DJ 28/06/1993, curso profissionalizante, conclusão do estágio, ensino superior encerrado via liminar, embora não concluído o estágio profissionalizante, fato consumado reconhecido, pois *dele não resulta prejuízo para terceiros*; REsp. n. 19.775, 2ª Turma, DJ 28/09/1992, aprovação no vestibular de Administração, mesmo não concluído o 2º grau, frequência por dois anos ao abrigo de liminar, fato consumado reconhecido; REsp. n. 6.289, 2ª Turma, DJ 02/09/1991, matrícula assegurada por liminar, embora não concluído o 2º grau, reconhecimento do fato consumado; MC n. 5.961, 1ª Turma, DJ 07/04/2003, aluno que, sem concluir o segundo grau, cursou ao abrigo de liminar cinco semestres na Universidade; REsp. n. 253.094/RN, 2ª Turma, DJ 24/09/2001, transferência de aluno, cargo em comissão, interesse particular, decurso do tempo, praticamente concluído o curso, não é razoável desligá-lo, fato consumado reconhecido; REsp. n. 252.931, 1ª Turma, 21/08/2000, acesso ao ensino

superior sem conclusão do 2º grau; AEMC n. 1.246/PR, 1ª Turma, DJ 19/06/2000, transferência de Universidade, situação consolidada; AgREsp n. 10.9721/PR, 1ª Seção, 10/02/1999, transferência para acompanhar cônjuge, faculdade privada para pública, voto vencido, por se tratar de remoção a pedido – maioria aplicou a teoria do fato consumado; REsp.n. 228.945/MG, 1ª Turma, DJ 16/11/1999 – concluído o curso, cumpre reconhecer a teoria do fato consumado; REsp. n. 163.185, 2ª Turma, DJ 26/04/1999, exame supletivo sem a idade mínima, violação da lei de diretrizes e bases, iminência de encerramento do curso superior, fato consumado reconhecido; REsp. n. 3.534, 2ª Turma, DJ 17/12/1990 – aluno matriculado no curso de Engenharia, sem concluir o 2º grau, realizou o curso universitário ao abrigo de liminar, fato consolidado. A 1ª Seção do STJ, no AgRgMC n. 1.188, Rel. Min. Adhemar Maciel, 14/10/1998, RSTJ 117/121, prestigiou o *leading case* da Seção de Direito Público. No caso, não havia fumaça do bom direito: *A existência de votos vencidos, inclusive o deste Relator, não permite a concessão de efeito suspensivo em desrespeito à tese predominante na Corte.*

### 3 A FUNDAMENTAÇÃO QUE PRESTIGIA A TESE DO FATO CONSUMADO

A fundamentação dos julgados que prestigiam a teoria do fato consumado, de um modo geral e em síntese, gira em torno da consideração de que a situação é excepcional e o problema, mais do que sob o aspecto da legalidade, deve ser encarado do ponto de vista da finalidade social das leis; as circunstâncias excepcionais aconselhariam a inalterabilidade da situação<sup>16</sup>. A inércia da Administração teria permitido a constituição de situações de fato revestidas de aparência de legalidade; assim, mereceriam prestígio. O ordenamento jurídico seria conservador no sentido de respeitar fatos ocorridos<sup>17</sup>.

### 4 A FUNDAMENTAÇÃO DOS VOTOS CONTRÁRIOS À TEORIA

Os votos contrários à tese do fato consumado registram veementes passagens. Saliento em especial os fundamentos aduzidos pelo Ministro Aliomar Baleeiro: *Sr. Presidente, é possível que meu voto esteja influenciado pela observação de mais de vinte anos de professor, vinte anos*

*durante os quais muitos desses mandados de segurança foram concedidos aos piores estudantes da Faculdade. Vai, aqui, uma reminiscência. Meu avô costumava dizer uma frase, quando era menino, que me ficou até hoje: 'como eles se formam eu sei, como eles aprenderam a ler é que fico admirado'. De modo que é possível que isso perturbe o meu espírito, neste momento. Porém, com a devida vênia dos eminentes ministros que votaram da maneira que acabamos de ouvir, rejeito os embargos. Não posso admitir que transponhamos para o direito aquilo que, no meu tempo de político, ouvi muitas vezes ser defendido, o fait accompli – o fato consumado. Ninguém pode tirar proveito do erro do juiz, sobretudo rapazes que não se empenharam em cumprir seus deveres e vão servir mal à sociedade durante a vida.*

### 5 UM JULGADO EXEMPLAR NO DEBATE DA QUESTÃO DO FATO CONSUMADO

No Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o primeiro precedente localizado foi o Recurso *ex officio* n. 89.04.19860-7/PR, Rel. Juiz Cal Garcia, que reconheceu o fato consumado. O caso mais dramático e exemplar, em que se discutiram as teses aqui ventiladas, consta na AC n. 89.04.00563-9/RS, em 03/08/1989, e nos embargos infringentes na AC n. 89.04.06812-6/RS. Tratava-se de um grupo de estudantes que, sem obterem aprovação no concorridíssimo vestibular de Medicina da Universidade Federal, conseguiram liminar e efetuaram suas matrículas. Na ação, pediam a decretação da nulidade de diversas questões e matrícula definitiva. Após o primeiro ano, todos os estudantes, com exceção de um, obtiveram aprovação no concurso vestibular. No terceiro ano, a ação foi julgada improcedente no primeiro grau. O Tribunal Regional Federal, em apelação, negou provimento ao recurso por maioria. Nos embargos infringentes, permaneceu inalterada a decisão, mas há sustentações e bons argumentos para qualquer solução. A tese vencedora aplicou o princípio da cautela e parcimônia na configuração do fato consumado, à consideração de que, por força da situação em primeiro grau, *a aluna não freqüentava as aulas por mais de um ano*, ficando descaracterizada a “consumação” do fato. Por outro lado, a segurança jurídica está atrelada em primeiro lugar à legalidade; é o cumprimento da lei

que constitui o seu ponto de apoio na sociedade. Não poderia haver fato consumado se o curso não foi completado, tratando-se de exigência substancial, pois a aluna, na verdade, assim como um contingente muito grande de candidatos, não obteve a aprovação no vestibular de Medicina, na época o mais concorrido do Estado. Por último, refoge competência ao Poder Judiciário para examinar o critério de aferição de conhecimentos em concurso vestibular: *validar-se tudo o que foi feito com suporte em uma ilegalidade é cometer outra ilegalidade.* O relator originário, vencido, e os magistrados que emprestaram razão à tese contrária sustentaram que a aluna *teve de aguardar por longos anos, em obediente submissão ao Poder Jurisdicional do Estado.* Autorizada pelo Judiciário, a recorrente freqüentou a universidade. Não há evidência de que tivesse concorrido para a demora (...). Assim, *a sentença judicial terá necessariamente o efeito de interferir, por assim dizer, no próprio projeto de vida da pessoa. Quanto mais demorado o julgamento, maior será portanto, a extensão de suas conseqüências (...) a manutenção do acórdão significará impor à recorrente não apenas um recuo de três anos em sua vida universitária. Significará, em verdade, recuar sua vida ao ano de 1985, quando prestou vestibular. E, há de se convir, penalização injustificável, já que decorre unicamente da demora da Jurisdição do Estado, que tardou a prestação jurisdicional e que não tem a força para desconstituir o tempo passado. Não parece lícito exigir do indivíduo o preço de ter vivido inutilmente enquanto aguardava o pronunciamento jurisdicional.* Em outro voto: *por isso falha o juiz que a 'priori' decide sempre que a medida liminar é provisória. Há casos e casos. A medida liminar é precária enquanto não for desvirtuada pelos efeitos definitivos que produzir.* Um provimento desse tipo *frustra a expectativa autorizada pela lei, como regra, a de que o processo judicial terá uma decisão mais ou menos dentro dos prazos assinalados pelo Código de Processo Civil, não podendo ser visto como uma decisão provisória.* Ainda mais se os prazos fluem contra os mais elásticos critérios de tolerância. Nos desvãos das situações anômalas, *o tribunal tem a missão de desmistificar a lógica e de dar prioridade à vida! No fundo, subjaz a esses votos, a intenção de exemplar alguém que obteve uma medida*



*liminar equivocada, para que didaticamente ninguém mais se aventure por esse caminho. Tudo ao fundamento de que a liminar é sempre um risco. Todavia, a lei limita esse risco aos exatos termos e prazos previstos para a tramitação de uma ação cautelar. De jeito que o risco de perder a matrícula depois de três anos de curso era, na forma da lei, imprevisível.*

Outro precedente interessante a propósito do fato consumado teve origem em uma ação civil pública<sup>18</sup> na qual o Ministério Público questionava a legalidade do *procedimento seletivo extravestibular 94/1 da UFRGS, faculdade de Direito, nas modalidades de "transferência voluntária" e "ingresso diplomado"*, por desrespeito aos arts. 206, I, e 37 da Constituição Federal de 1988, pois teria havido escassa publicidade, unicamente em Boletim Interno, conhecido apenas por pessoas vinculadas a servidores e professores da UFRGS, entre outras falhas. Pedia-se a anulação do certame. A ação teve curso demorado, foi ajuizada quando os estudantes já haviam ultrapassado a metade do curso. A liminar concedida em primeiro grau foi deferida para fazer constar a anotação nos registros escolares dos alunos.

A ação foi julgada improcedente em primeiro grau, e o julgamento da apelação deu-se após a conclusão do curso. Reconheceu-se o fato consumado, tendo havido o cancelamento das anotações em registros escolares, contudo o apelo mereceu parcial provimento para, por reverência ao princípio da publicidade e moralidade, proibirem-se os acessos laterais sem ampla divulgação e para que fossem usados critérios objetivos de seleção nos próximos anos. Atualmente a ação civil pública pende de julgamento de recurso especial perante o STJ. O acórdão da apelação, além de confirmar o fato consumado, considerou impossível verificar, após concluído o curso com aprovação e aproveitamento, quais dentre os estudantes teriam se beneficiado da deficiente divulgação do certame.

#### 6 JUSTIFICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO

Concluindo o exame da teoria do fato consumado, pode-se aproximá-la da figura da prescrição ou decadência. Trata-se da peculiar maneira de o Judiciário responder ao decurso do tempo. A jurisdição enfrenta a passagem do tempo de di-

A teoria do fato consumado opera em face da inexorabilidade do fator tempo, incide para equilibrar os princípios da legalidade e da igualdade de condições de acesso à educação com o princípio da segurança jurídica. A missão da Justiça é, ao fim, a pacificação social, *desmistifica a lógica e dá prioridade à vida*. Na tensão dos valores, feita a hierarquização axiológica, prevalece *o fato consumado, pois não convém seja modificado sob pena de afrontar valores, justamente a segurança jurídica e a paz social*.

versas formas, e uma delas é justamente a consideração da consumação de efeitos, que não convém sejam anulados. É uma especial projeção do *quieta non movere*. A teoria foi construída pela jurisprudência em lenta elaboração. Em abordagem histórica, François Ost<sup>19, 20</sup> revela que ela remonta às origens míticas da Justiça, no julgamento de Orestes, quando as três erínias são transformadas em eumênides<sup>21</sup>. A jurisprudência prestigiou a teoria para oferecer uma solução socialmente aceitável. Ela é fruto direto da incapacidade do Judiciário de entregar em tempo útil e hábil uma solução. Pode-se criticá-la, afirmando que o fato consumado é cômodo, exime o Judiciário do dever de decidir as lides. A teoria do fato consumado opera em face da inexorabilidade do fator tempo<sup>22</sup>, incide para equilibrar os princípios da legalidade e da igualdade de condições de acesso à educação com o princípio da segurança jurídica. A missão da Justiça é, ao fim, a pacificação social, *desmistifica a lógica e dá prioridade à vida*<sup>23</sup>. Na tensão dos valores, feita a hierarquização axiológica<sup>24</sup>, prevalece *o fato consumado, pois não convém seja modificado sob*

*pena de afrontar valores, justamente a segurança jurídica e a paz social*<sup>25</sup>.

Feito o percurso pela jurisprudência, conclui-se que, sob o manto branco do fato consumado, a jurisprudência tem albergado duas situações:

a) o fato é irreversível, isto é, não pode mais ser modificado por situação de fato e induz à perda de objeto do processo;

b) o fato não é irreversível mas, na política judiciária, convém não seja revertido "por consideração à segurança jurídica".

Na última hipótese, a teoria do fato consumado é a que mais de perto nos interessa no direito estudantil e tem sido acolhida pela jurisprudência, com votos divergentes.

#### 7 A PRINCIPAL CAUSA DO FATO CONSUMADO

É a criticada e combatida "lentidão do Judiciário" que enseja a ocorrência da consumação dos fatos, quase sempre à revelia da lei. Com certeza, pode-se afirmar que a decisão que proclama "o fato consumado" depõe contra a desejada eficiência e efetividade da prestação jurisdicional. Juizes de primeiro grau e dos tribunais de apelação deveriam lutar contra tais ocorrências, pois são um reconhecimento de que não conseguiram ofertar uma decisão no tempo adequado.

#### 8 CONDIÇÕES PARA O RECONHECIMENTO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO

No que respeita às condições em que tem sido acolhida a teoria do fato consumado em matéria estudantil, pode-se traçar uma linha bastante nítida:

a) a teoria do fato consumado é aceita para convalidar situações e posições prestigiadas pelo Judiciário com provimentos liminares que se postergam no tempo, no mínimo por dois anos, na maioria dos precedentes, por quatro anos ou mais. Há casos, muitos, que alcançam as cortes superiores às vésperas da conclusão do curso;

b) existe um pressuposto, muitas vezes implícito, de que "não tenha gerado prejuízos a terceiros".

#### 9 PRINCIPAIS BENEFICIÁRIOS DA TEORIA DO FATO CONSUMADO

Os principais beneficiários da "teoria do fato consumado" são os

servidores públicos ou seus dependentes; em segundo lugar, os dependentes dos militares; por fim, estudantes em geral.

## 10 TENDÊNCIA DE AUMENTO DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Observa-se uma discreta tendência de alargar o conceito de “servidor público” para ensejar a transferência *ex officio* de faculdade particular para pública, incluindo, também, servidores de entidades privadas, como o Banco do Brasil, ou empresas controladas pelo Poder Público.

Começa a ocorrer uma “indústria” de transferências no sentido de que, às vésperas da efetiva transferência do responsável, o dependente realiza vestibular em algum local menos concorrido, logrando, em poucos meses de curso, transferir-se para universidade pública de grande prestígio e acesso disputadíssimo.

## 11 CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DA TEORIA

Como consequência da reiterada aplicação da teoria do fato consumado, temos o comprometimento da qualidade do ensino, inúmeras vezes proclamado por reitores e diretores de estabelecimentos do gênero. Em segundo lugar, sofrem os princípios da igualdade de acesso e da legalidade (Lei n. 5.540/1968 – estabelece como condição de acesso o concurso vestibular).

## 12 CONCLUSÃO SOBRE A TEORIA DO FATO CONSUMADO NA TUTELA EDUCACIONAL

A teoria do fato consumado será tanto mais prestigiada quanto descumprido, pelos juízes de primeiro grau e integrantes dos tribunais de apelação, o dever de julgar atempadamente, prestando jurisdição célere.

A propósito da teoria do fato consumado, é de ser lembrada a lição de Dworkin<sup>26</sup> de que há diversos modos de julgar, alguns apenas apropriados aos tribunais superiores. Há soluções que não foram concebidas para serem utilizadas por juízes singulares, e “o fato consumado” é uma delas, pois significa confessar a própria inoperância na maior parte das vezes. Já o tribunal superior não tem outra solução senão conferir prestígio ao que tanto tempo foi prestigiado. Trata-se, assim, de solução que demanda parcimônia e prudência do juiz

de primeiro grau e, na maioria dos casos, a única solução razoável que resta aos tribunais superiores.

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 SALMERON, Roberto A. Por uma defesa da universidade pública. *Folha de S. Paulo*, 20 mar. 2000. Folhamais.
- 2 TOFFLER, Alvin. *Powershift: as mudanças no poder*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 1995.
- 3 IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.
- 4 SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice*. São Paulo: Cortez, 1995. p. 283.
- 5 SEMLER, Ricardo. A febre amarela. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 07 jul. 1996. Folhamais. Entrevista com Ricardo Semler, comparando o sistema educacional em Kuala Lumpur. “A febre amarela”: a diferença é uma só: todos os países daqui têm concentrado esforços em educação básica. Primeiro e segundo graus, deixando as universidades à própria sorte. O contrário do que fez o Brasil. O resultado é que se transformou a China em uma locomotiva, que nos deixará para trás.
- 6 NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 4, set./dez. 1992.
- 7 SALMERON, *op. cit.*
- 8 Idem.
- 9 ÍNDICE de exclusão social “rebaixa” país. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 17 jun. 2004. Economia. “Novo IDH” rebaixa mais o Brasil, o IDH lida com a “velha exclusão: escolaridade, expectativa de vida e renda”. O Brasil caiu da 65ª posição para a 109ª colocação de um ranking dos 175 países.
- 10 CHAUÍ pede fim da ‘privatização’ no ensino superior ao assumir vaga. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 16 jun. 2004. Cotidiano. “Chauí toma posse em Conselho”. “Defenderá a universidade pública, gratuita e republicana”.
- 11 As mais diversificadas questões foram submetidas ao Judiciário, envolvendo o Direito à Educação. São exemplos: Arguição de Inconstitucionalidade na AC n. 97.04.24474-6/RS, TRF-4ª Região, Plenário, Rel. p/ o acórdão Des. Federal Edgar Lippmann Júnior, julg. em 30/09/1998, DJU de 18/11/1998; Arguição de Inconstitucionalidade da Lei n. 9.536/1997, art. 1º, acolhida por maioria: a expressão federal no texto do artigo 1º da Lei n. 9.536/1997, em flagrante ofensa à isonomia, deve ser suprimida do texto legal, por manifesta inconstitucionalidade; Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.667-4/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello (Ementário 2143-2). Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFEN x Câmara Legislativa do Distrito Federal. *Lei Distrital que dispõe sobre a emissão de certificado de conclusão do curso e que autoriza o fornecimento de histórico escolar para alunos da terceira série do ensino médio que comprovarem aprovação em vestibular para ingresso em curso de nível superior*. *Lei Distrital que usurpa competência legislativa outorgada à União Federal (...). Norma destituída do necessário coeficiente de razoabilidade (...). Atividade legislativa exercida com desvio de Poder (...). Agravo Regimental em AI n. 2002.04.01.039975-3/RS, TRF-4ª Região, 4ª Turma, Rel. Des. Federal Amaury Chaves de Athayde, julg. em 03/10/2003, DJU de 23/10/2002: Conjugados os legais pressupostos, cabe o deferimento de tutela antecipada para, em concurso vestibular para acesso a curso de ensino superior, afastar a exigência da prova de Inglês, como língua estrangeira única, na medida em que sua implantação esteja a consubstanciar inovação na proximidade da realização de exames*. Tratava-se do Vestibular da UFRGS, cursos de Medicina, Engenharia da Computação, Engenharia Química e Engenharia de Minas. Fundamento de fato: restrição do acesso entre os interessados em igualdade de condições. Data da implantação pretendida: setembro, para o Vestibular CV 2003; AMS n. 1998.34.00.025270-0/DF, TRF-1ª Região, Segunda Turma, Rel. Juiz Jirair Aram Meguerian, julg. em 13/03/2001, DJU de 26/4/2001, p. 579. *Estudante dependente de servidor público. Transferência compulsória de Universidade Estrangeira para a UnB. (...) inexistente estabelecimento de ensino superior público nos EUA, país de origem (...). (...) inexistente outro curso de Engenharia Elétrica no DF além do ministrado pela UnB. (...) natureza jurídica do curso e concluído em “COLLEGE”, faculdade comunitária, assim chamado de “curso de pré-engenharia” (...). (...) Apelação provida para permitir o ingresso do estudante na UnB sob o argumento de que não se pode prejudicar o estudante em face da diversidade de sistemática. AMS n. 2001.02.01.017667-6/RJ, TRF-2ª Região, Terceira Turma, Relª Desª Federal Tania Heine, julg. em 28/08/2001, DJU de 08.01.2002. Transferência da Universidade de Ciências Médicas Mariana Coelho – Holgín - Cuba para a UFRJ: Não se tratando de servidor transferido ex officio, inexistente previsão legal que permita a matrícula na UFRJ; Apelação Cível n. 297.679/3-MG, TJMG, 4ª Câmara Cível, Des. Almeida Neto. Ação Civil Pública contra a universidade estadual. Liminar concedida para afastar a cobrança de taxa de matrícula considerada inconstitucional por afronta ao art. 206, IV, da Constituição Federal de 1988; Agravo Inominado no Agravo de Instrumento n. 28.723/AL, TRF-5ª Região, Segunda Turma, Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães, julg. em 01/08/2000, DJU de 09/3/2001, p. 399; REO n. 97.02.42531-0/RJ, TRF-2ª Região, Terceira Turma, Rel. Des. Federal Paulo Barata, julg. em 19/6/2001, DJU de 21/8/2001; Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 9.469-DF, STJ, Primeira Seção, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. Nega liminar para suspender os registros dos diplomas expedidos por curso universitário de Tecnologia em Optometria. Entidades dos conselhos profissionais de Medicina alegam que a emissão dos registros de diplomas dificulta a fiscalização do exercício ilegal da Medicina, pois se trata de ato médico cuja prática cabe ao*

oftalmologista. A fundamentação para a negativa da liminar foi que, *no caso, não existe situação de risco iminente a justificar a outorga de medida liminar. A situação apontada é de ocorrência futura e hipotética*; Agravo Regimental no AI n. 2002.04.01.056050-3/PR (Ação Civil Pública), TRF-4ª Região, 3ª Turma, Relª Desª Marga Inge Barth Tessler, julg. em 11/02/2003, DJU de 02/04/2003, p. 665-666. Ação Ordinária n. 2002.70.00.035480-5/PR e Ação Civil Pública n. 2002.70.00.073937-5/PR. A ampliação do número de vagas (de 100 para 700 anuais) depende de manifestação do Conselho Federal da OAB e de autorização do Ministério da Educação. *O disposto no art. 207 da Constituição Federal de 1988 de que as "universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial", não tem a abrangência pretendida pela agravante e deve ser interpretada em consonância com o disposto no art. 209 da Carta Política. Autonomia não se confunde com ausência de limites*; Processo n. 2001.38.00.014426-6/MG, TRF-1ª Região, Seção Judiciária de Minas Gerais. Ação Anulatória de Ato Administrativo para reconhecer diploma de doutorado expedido pela *Universidad del Museo Social Argentino*. Sentença procedente em 1º grau. Discussão sobre a validade de diplomas no âmbito do Mercosul; Recurso Ordinário em MS n. 12.068-MG, STJ, Segunda Turma, Rel. Ministro Peçanha Martins, julg. em 17/09/2002, DJU de 11/11/2002. O município tem personalidade jurídica e a Câmara de Vereadores personalidade judiciária para a defesa dos seus interesses e prerrogativas institucionais. Afetados os direitos do município e inerte o Poder Executivo, no caso concreto, municipalização de escolas estaduais, legitima-se a Câmara Municipal para impetrar a segurança; AI n. 2003.04.01.041382-1/RS, TRF-4ª Região, 3ª Turma, Rel. p/ o acórdão Des. Luiz Carlos de Castro Lugon, julg. em 16/03/2004, DJU de 28/04/2004, p. 695. Reconheceu-se lesão aos cofres públicos por benefícios pecuniários e progressão funcional a professores de entidade pública em face do reconhecimento indevido de títulos de doutorado em Direito e Odontologia em Granada, Espanha, por infração ao art. 48 da Lei n. 9.394/1996; AMS n. 95.02.16644-2/RJ, TRF-2ª Região, Sexta Turma, Rel. Des. Federal Poul Erik Dyrland, julg. em 05/09/2001, DJU de 25/10/2001. Crédito educativo, matrícula independentemente de pagamento de qualquer quantia. O art. 9º, incs. I e II, da Lei n. 8.436/1992 veda às instituições de ensino a suspensão da matrícula do estudante ou a cobrança de mensalidades, mesmo a título de adiantamento, caso as condições de transferência dos recursos do crédito educativo não sejam obedecidas pela CEF, ainda que se trate de atraso de repasses; RMS n. 14.622/RS, STJ, Segunda Turma, Relª Minª Eliana Calmon, julg. em 18/06/2002, DJU de 19/08/2002, p. 155. *Alterações pedagógicas e administrativas em instituição de ensino, de modo a atender às diretrizes da Constituição Federal e legislação de regência quanto à educação, são insuscetíveis de revisão pelo Poder*

*Judiciário, quando age a Administração Pública em seu juízo de conveniência e oportunidade*; Embargos Infringentes em AC n. 2001.71.00.004490-5/RS, em que prevaleceu a tese do não-cabimento de danos morais contra a UFRGS em face de alegado descumprimento de decisão judicial que garantiu direito à transferência compulsória.

- 12 LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, v. 50, n. 189, p. 65–75, jan./jun. 1998.
- 13 FOLHA de S. Paulo. São Paulo, 8 abr. 2004. Artigo do ex-Ministro da Educação José Goldenberg sobre o sistema de ingresso na Universidade nos Estados Unidos, que não é meritocrático nem objetivo.
- 14 Precedentes recolhidos na base de dados disponíveis no TRF – 4ª Região.
- 15 Precedentes recolhidos na base de dados do TRF-4ª Região. COJUR.
- 16 RMS n. 17.444, RTJ 15/589.
- 17 RDA 134/217.
- 18 Ação Civil Pública n. 2001.04.01.013763-8/RS
- 19 OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. 442 p.
- 20 GENESIS, 19:23. A destruição de Sodoma e Gomorra. (...) e a mulher de Ló olhou para traz e converteu-se numa estátua de sal (...).
- 21 ÉSQUILO. *Oréstia*: Agamêmnon, Coéforas, Eumênides. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- 22 SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. 18. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 278. (Pensamento Humano). *O que é por conseguinte o tempo? Quando dele falamos compreendemos o que dizemos; se quiser explicá-lo a quem me fizer a pergunta, já não sei* (...).
- 23 Embargos Infringentes n. 89.04.06812-6/RS, TRF-4ª Região. Voto do Desembargador Federal Ari Pargendler.
- 24 FREITAS, Juarez. *A Interpretação sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- 25 Verificar Ação Civil Pública n. 99.00.06600-6, na Justiça Federal do Paraná, sobre realização de vestibular para o curso de Direito, em que se reconheceu o fato consumado às vésperas da formatura, mas imposta condenação à instituição.
- 26 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

## ABSTRACT

The authoress examines the Judiciary Power performance within the Educational Law guardianship and attempts to make magistracy aware of the important role that it plays on issues which need swift developments, such as access to free university, succeeding in a specific grade, compulsory transfer and others that, owing to delay in decision-making, enable the application of the *fait accompli* theory, as shown on registers of several jurisprudential precedents.

In a context where education has increasingly been acknowledged, and considered a strategic issue, the authoress

highlights that the judge cannot interpret new rights according to orthodox principles, such as the *fait accompli* thesis, whose prestige is in opposition to the desired efficiency and effectiveness of judicial services.

Besides, ratification of real situations by the broad and repeated application of the theory jeopardizes the quality of teaching and violates both the principles of equality of access and legality. Hence, she concludes that moderation and cautiousness are necessary on the part of lower jurisdiction judges since, in most cases, it is the only reasonable solution left to superior courts.

**KEYWORDS** – Education Law; educational guardianship; judicial services – slowness; *fait accompli* – theory, ratification.

**Marga Inge Barth Tessler** é Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Porto Alegre – RS.